

# 事実婚・内縁の死亡解消における居住権と夫婦財産制

—— 2018年相続法改正による生存配偶者の居住権の新設を契機に ——

古 川 環 子

## I はじめに

西欧諸国などでは、婚姻外共同体の増加により従来の婚姻だけではなく、事実婚、パートナーシップ制度など婚姻形態の多様化への対応を図る立法化が進んでいる<sup>(1)</sup>。これに対して、日本では、民法に婚姻の規定があるのみであるが、婚姻外関係として事実婚<sup>(2)</sup>・内縁（以下事実婚を含めて「内縁」と

(1) フランス民法典には、婚姻、パクス（PACS）、内縁（concubinage）の三つの選択肢が用意されている。パクスについて、1999年11月15日の法律第944号により、民法典第1編12章（現在は13章）に民事連帯協約（le pacte civil de solidarité）が創設された。パクスは、「異性であれ同性であれ、二人の成年の自然人によって、共同生活を組織するために締結される契約である」（フランス民法515-1条）と定義され、婚姻外共同体の法的な保障を目指し、新たな制度として設けられた。また、内縁について、「内縁は、異性であれ同性であれ、カップルとして生活する二人の者の間での安定と継続の性質を表す共同生活によって特徴づけられる事実上の結合である」（同法515-8条）と規定された。パクスに関する日本の文献は、大島梨沙「フランスにおける非婚カップルの法的保障（1）（2・完）」北法57巻6号（2007年）117頁以下、同58巻1号281頁以下（2007年）等がある。

(2) 内縁は、明治時代、婚姻の届出が浸透していない、家のための跡継ぎの子ができるまで届出をしない、推定家督相続人なので婚姻ができないなど様々な事情で婚姻の届出ができなかったことから生じた。事実婚は、夫婦別姓の実践、家意識や嫁扱いへの抵抗、戸籍を通じて家族関係を把握・管理されることへの疑問、性別役割分担からの解放などを理由に、1980年代後半から、社会的に広がり始めた（善積京子『〈近代家族〉を超える』（青木書店、1997年）55頁以下）。内縁及び事実婚である当事者の意識は異なるかもしれないが、いずれも法的に婚姻の届出を行わずに夫婦として共同生活を営んでいるものであるものであるから、「事実婚」も、広義には「内縁」と捉えることができる（拙稿「事実婚の法的保障と内縁保障法理についての一考察」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要227号（2009年）41頁以下）。

いう。)が判例・学説<sup>(3)</sup>で認められている。これは、夫婦別姓の要望<sup>(4)</sup>や親族による高齢者の再婚の拒否などで婚姻届はなされていないが、婚姻夫婦同様の共同生活を営み、事実上法律婚の夫婦と同じように生活しているものである。内縁の法律的な問題には、これまで婚姻に準ずるとして準婚理論により制限的に婚姻規定の類推適用を認めてきた<sup>(5)</sup>。内縁の居住権については、内縁中は、同居義務規定(民752条)の類推適用が認められていることから、内縁者の一方が他方の所有する建物に居住することが可能である<sup>(6)</sup>。しかし、内縁

(3) 内縁については、太田武男『内縁の研究』(有斐閣, 1965年), 同『現代の内縁問題』3頁以下(有斐閣, 1996年), 二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社, 1990年)で、詳細に述べられている。

(4) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁は、夫婦同氏制の合憲性が争われた事案であり、最高裁は、民法750条は憲法13条, 14条1項, 24条のいずれの条文との関係でも合憲であるとし、民法750条同氏規定は違憲であるとする原告の主張を退けた。夫婦同氏規定については、1996年, 法制審議会民法部会により、選択的夫婦別氏制の導入を内容とする「民法を一部改正する法律案要綱」として法務大臣に答申されたが、立法化の見通しは立っていない。

(5) 準婚理論は、内縁は婚姻の届出を欠くために婚姻(法律婚)とはいえないが、男女が協力して夫婦同様の共同生活を営む結合であるという点においては婚姻と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係と捉え法的保護を目指す。しかし、内縁の保護について反対意見もある(水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔ほか編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993年)69頁以下など)。しかしながら、西欧諸国において、一つの家族モデルを強制することなく、幾つかの選択肢を用意している昨今、婚姻外男女関係を一律に法の適用範囲外とするのは、男女関係を規律する法が婚姻しかない日本において、選択肢があまりにも狭いといえ、一定の内縁問題については準婚理論によって内縁の保護を認めることは必要なことである。事実婚・内縁の法律上の保護については、準婚理論によると、婚姻の同居・協力・扶助義務(民法752条)、婚姻費用分担義務(同760条)、日常家事債務連帯責任(同761条)、帰属不明の財産の共有推定(同762条2項)、財産分与規定(同768条)の類推適用については積極的である。しかし、夫婦同氏(同750条)、子の嫡出推定(同772条1項)、配偶者相続(同890条)の類推適用には消極的である。また、社会保障上、厚生年金法、健康保険法などは、内縁を事実上婚姻関係と同様の事情にある場合として認め、婚姻の配偶者と同様の権利・義務を認めている。例えば、厚生年金法3条2項には、「この法律において、『配偶者』、『夫』及び『妻』には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとする」とする。同様に、「労働者災害補償保険法」、「健康保険法」、「介護保険法」、「育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律」、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保障に関する法律」、「児童虐待の防止等に関する法律」、「児童手当法」などがある。また、住民票の世帯主との属柄については、世帯主が内縁の夫であれば、内縁の妻は「妻(未届)」と記載される(二宮周平『家族と法—個人化と多様化の中で』(岩波新書, 2007年)8-9頁)。

(6) 横浜地判昭和47年8月7日判タ286号271頁。

者の一方の死亡により、同居義務が解消されると、生存内縁者がこれまで居住してきた住宅に引き続き無償で居住することが可能なかが問題となる。無論、死亡内縁者から生存内縁者に対し居住住宅に関する遺贈・贈与があれば、生存内縁者の居住権の確保は可能になる<sup>(7)</sup>。また、死亡内縁者に相続人がいない場合は、特別縁故者の規定（民法958条の3）により、生存内縁者に居住住宅等の分与が認められることもある<sup>(8)</sup>。さらに、離別解消の場合は財産分与請求権の類推適用がなされているので、居住権の確保が可能となり得る。死亡解消の場合は、内縁者に相続権がないことから内縁者の居住権の保障は困難になると解される。しかしながら、生存内縁者の生存権にもかかわる重要な問題となる<sup>(9)</sup>。特に高齢者の場合は、新たな居住住宅の賃貸借契約の困難さから考えても、住み慣れた環境の居住確保は必要不可欠であり、生存内縁者の居住権を保護する必要性は高いものと考ええる。

このほど2018年7月6日、「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」（以下「相続法改正」という。）<sup>(10)</sup>が成立した<sup>(11)</sup>。ここに、法律婚の生存配偶者の居住権の保障を目的とし、短期配偶者居住権（以下「短期居住権」という。）と配偶者居住権（以下「長期居住権」という。）が新設された。この短期居住権は、たとえば、最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁（以下「最判平成8年」という。）<sup>(12)</sup>で示されているように、使用貸借によって対応されていた内容を規定したものである。これに対して長期居住権は、相続

(7) 仙台高判平成4年9月11日判タ813号257頁。

(8) 東京家審昭和38年10月7日家月16巻3号123頁。

(9) 拙稿「生存内縁者の居住利益の保障—内縁者の所有不動産の場合—」岡法62巻1号（2012年）83頁、同博士論文「生存内縁者の居住利益の保護—内縁者の所有不動産の場合—」岡山大学学術成果リポジトリ（<http://ouser.lib.okayama-u.ac.jp>）。

(10) 詳細は、（[http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00222.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00222.html)）

(11) 原則的な施行期日は、2019年7月1日（遺産分割前の預貯金の払戻し制度、遺留分制度の見直し、相続の効力等に関する見直し、特別の寄与等の(1)・(3)以外の規定）。自筆証書遺言の方式を緩和する方策は、2019年1月13日、配偶者居住権及び配偶者短期居住権の新設等は、2020年4月1日になった。

(12) 最高裁は、共同相続人の1人が被相続人の許諾を得て遺産である建物に同居していたときは、特段の事情がない限り、被相続人と同居相続人との間で、相続開始時を始期とし、遺産分割時を終期とする使用貸借契約成立していたものと推認するとした。

分に反映されるまったく新たな制度として設けられた。これは、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320号（以下「最大決平成25年」という。）により、非嫡出子の相続分が嫡出子の2分の1と規定される民法904条4号ただし書前段が違憲とされたことがきっかけになっている<sup>(13)</sup>。

このような婚姻の居住権に関する規定があるならば、単純に生存内縁者への類推適用が考えられる。しかし、上記の相続法改正での配偶者の居住権は、内縁・事実婚、同性婚などは適用除外としており、多様な家族形態への対応がなされていない<sup>(14)</sup>。ただし、衆議院法務委員会での附帯決議には、事実婚・同性カップルなど多様化する家族の保護の在り方を検討課題とすることが採択されている。これは、内縁の居住権について改めて検討する必要があることを示唆する。

一方、内縁の居住権を考える上で、重要なこととして、夫婦財産の清算を検討する必要がある。配偶者相続権の主な内容の1つに、夫婦財産の清算があることから、配偶者相続権と夫婦財産制は密接に関連していることに注目し、夫婦（内縁）財産の清算という視点から内縁の居住権についての検討を試みるべきであろう。

そこで本稿では、まず、内縁者の相続権を概観し、次に、相続法改正における生存配偶者の居住権を簡単に紹介する。そして、生存内縁者の居住権に関する従来の判例・裁判例、学説を検討したうえで、内縁の死亡解消における居住権の保障は、死亡解消時に内縁中の財産の清算をすることで確保し得ることを考察する。さらに、当該検討を踏まえ、夫婦財産制の枠内で財産の清算を図ることの必要性を省察し最後に現行法の夫婦財産制の規定の不備を指摘して、夫婦財産の清算規定を立法化する重要性を述べる。

(13) 水野紀子「子どもの平等権：非嫡出子問題を中心に」家族〈社会と法〉10号（1994年）172頁。

(14) 2016年6月22日朝日新聞付朝刊3面、2018年7月4日朝日新聞付朝刊30面。

## Ⅱ 生存内縁者と相続権

婚姻の場合、配偶者には相続権があり（民法890条）、子と配偶者が相続人であるときは、生存配偶者の相続分は2分の1とされる（同法900条）。したがって、たとえ死亡配偶者の名義の居住住宅のみが相続財産であったとしても、生存配偶者は、2分の1の所有権を相続できるので、共同相続人からの明渡しに応じることなく、居住住宅に住み続けることができる。これに対して、内縁の場合、相続権を生存内縁者に類推適用することは、裁判例<sup>(15)</sup>・学説<sup>(16)</sup>において消極的である<sup>(17)</sup>。その理由に法律婚主義による婚姻の統制の要請、相続人の明確化、相続関係の画一性の要請、内縁関係にあることの事実の立証の困難さと内縁成立の不明確さ等を挙げ、内縁者は民法890条に規定される配偶者に含まれないとする<sup>(18)</sup>。これに対し、相続人の明確化は、内縁問題の場合にだけ相続人の明確さが欠けているわけではない。被相続人の贈与や遺言がある場合には、相続財産がだれにどのように帰属するかは外部から見て明白であるともいえず、内縁の場合にのみ、相続の明確化や相続人の画一化の要請を持ち出すのは説得性に欠けるとの批判がある<sup>(19)</sup>。そして、この見解では、事実婚の生存パートナーの相続権否定の根拠として、これまで指摘さ

(15) 仙台家審昭和30年5月18日家月7巻7号41頁。しかし、東京家審昭和31年7月25日家月9巻10号38頁は、傍論であるが、「内縁を括一的に考察せず或る種の内縁については財産分与請求権は勿論のこと相続権も認め、又或る種の内縁について相続権は勿論のこと財産分与請求権も認めないというように内縁を段階的に考察する」と判示し、内縁の形態によって段階的に相続権を認めている。

(16) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）205頁、中川善之助＝泉久雄『相続法』（有斐閣、第4版、2002年）129頁、仁平正夫「内縁の夫婦の一方が死亡した場合の財産分与請求権」家月37巻9号（1984年）151頁、浅井清信「内縁と相続権」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅱ』（有斐閣、1959年）333頁以下。他方、内縁は準婚姻関係であると理解し、配偶者相続権を積極的に認める積極説（杉之原舜一「法律関係としての内縁(2)」法時11巻3号（1939年）24頁）もある。また、相続権を認めることについて消極説をとりながらも限定的に配偶者相続権を認める折衷説がある（鈴木祿弥『親族法講義』（創文社、1978年）7頁）。

(17) 最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁。

(18) 中川善之助＝泉久雄『新版注釈民法26相続(1)』（中川良延）（有斐閣、2010年）279頁。

(19) 二宮周平『事実婚』（一粒社、2002年）174頁。

れてきたことは、①相続財産の帰属・管理・移転、相続財産額の配分の確定、債務の決済など、相続法上の処理を簡易化するために、画一化が求められること、②法律婚主義の立場から法律婚との差異化が必要であることであると述べ、事実婚の登録制がない場合には、①の理由から相続権は否定せざるを得ないとする<sup>(20)</sup>。

つまり、生存内縁者は、相続権がないので、死亡内縁者の名義である居住住宅を承継することは、死亡内縁者から生存内縁者へ遺贈・贈与があるか、死亡内縁者の相続人が不在の場合（民法958条の3、特別縁故者）以外は不可能となる。したがって、これまで住み続けてきた居住住宅に継続して生活することを願う生存内縁者にとって重大な問題となる。特に、高齢の内縁者の場合、新たに賃貸借契約を締結することに困難が生じるうえ、住み慣れた住宅から離れることでの精神的なダメージは大きく、生存権にもかかわるような不安を抱えることになる。そのため、相続権の消極説においても、生存内縁者が継続して居住することの法的保護について否定しておらず、使用貸借等での保護を認めている。それにもかかわらず、相続法改正では、生存内縁者の居住権に関しての規定はなく、片手落ちであると思われる。

### Ⅲ 2018年相続法改正における配偶者居住権

#### 1 生存配偶者の居住権の経緯<sup>(21)</sup>

婚姻の夫婦の場合、一般的には、夫婦が居住している不動産は夫名義になっていることが多く、夫が死亡した場合、その居住不動産は妻と子（ら）の共

(20) 二宮周平「改正相続法の検討(2)」戸時771号（2018年）10頁。

(21) 相続法改正については、水野紀子「相続法改正と日本相続法の課題」法時90巻4号（2018年）1頁以下、二宮周平「相続入門 相続法改正要綱案の検討(1)(2)(3)」戸時764号（2018年）13頁・同771号2頁、西紀代子「配偶者相続権—相続法改正の動向と課題」水野紀子編『相続法の立法的課題』（有斐閣、2016年）57頁、同「試金石としての相続法改正」法時89巻11号（2017年）76頁、水野紀子「相続法の分析と構築」法時89巻11号（2017年）7頁、浦野由紀子「配偶者居住権の保護・相続分の見直し」〔相続法制の見直しに向けた課題〕論究ジュリ20号（2017年）5頁以下、沖野眞巳＝堂蘭幹一郎「特集 相続法改正と実務」ジュリ1526号（2018年）13頁以下、日本家族〈社会と法〉編「家族〈社



同相続により共有財産となり、従来、生存配偶者の居住権の保障は遺産分割協議（民906条）で考慮されることが多かった<sup>(22)</sup>。ところが、前記最大決平成25年は、嫡出でない子の相続分を嫡出子の2分の1としていた民法の規定が憲法14条1項に違反するとの判断を示したことから、嫡出子と嫡出でない子との相続分を等しくする法改正（民法900条4号ただし書前段を削除）が提案された。その際、自民党保守派の議員などから、家族制度が破壊される、配偶者に損害を与える等の批判があり、生存配偶者の相続法制的見直しという条件付きで改正がなされた<sup>(23)</sup>。しかし、嫡出子でない子の相続分の変更により子の相続分は変わることにはなるが、生存配偶者の相続分は2分の1と変わることはなく、子と配偶者が相続人の場合は、居住建物は相続人らの共有となるので、生存配偶者は、遺産分割協議までは居住建物の明渡しに応じる必要はないと解される<sup>(24)</sup>。また、遺産分割では従来は前記のように、生存配偶者の居住利益は考慮されてきた。しかし、相続人に嫡出でない子がいる場合であって、遺産分割協議で嫡出でない子から相続財産につき分配請求が

会と法」34回学術大会「家族・社会の変容と相続制度」(2018年、日本加除出版)16頁以下、道垣内弘人ほか「第2章座談会—相続における配偶者の権利」道垣内弘人＝松原正明編『家事法の理論・実務・判例』(2017年)89頁以下等がある。

(22) 従来、居住権について、婚姻の理念と取引実務の関係とで残された課題となっていた（内田貴ほか「家族法改正に向けて（上）—民法改正委員会の議論の現状」ジュリ1324号（2006年）64頁。

(23) 朝日新聞2013年11月6日付朝刊4面。

(24) 被相続人の相続財産は、被相続人の死亡後は遺産分割までは遺産管理の問題になると考えられるが、相続開始後の遺産管理について、最も一般的である単純承認後の共同相続の場合の遺産管理について、民法に規定が設けられていないため、遺産分割前の共同相続人間の遺産管理については、共有物の管理の問題となり得るとし、民法252条本文の管理行為として、共同相続人の過半数決を要するとされていた（最判昭和29年3月12日民集8巻3号696頁）。最判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁は、「共同相続に基づく共有者の一人であって、その持分の価格が共有物の価格を過半数に満たない者（以下単に少数持分権者という）は、他の共有者の協議を経ないで当然に共有物を単独で占有する権原を有するものではないことは、原判決の示すとおりであるが、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価格が共有物の過半数を超えるからといって（以下このような持分権者を多数持分権者という）、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡しを請求することができるものではない。けだし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によって、共有物を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められる」とし、多数持分権者でも少数持分権者に対し、当然に明渡請求が認められない場合があることを示している。

ある場合、居住不動産の価額が生存配偶者の具体的相続分を超える場合は、代償分割（家事法195条）されることになり、生存配偶者はその代償金を用意できなければ、居住建物に住み続けることが困難になる可能性が生じ得る。

法務省は、2014年に相続法制検討ワーキングチームを設置し、生存配偶者の居住権の保障等相続法制の見直しに関する検討を始めた。その内容は、①配偶者の一方が死亡した場合に、相続人である他方の配偶者の居住権を法律上保護するための措置（短期居住権と長期居住権）、②配偶者の貢献に応じた遺産の分割等を実現するための措置（遺産分割手続きに先行して離婚の財産分与に類似の実質的夫婦共有財産の清算を行う等）、③寄与分制度の見直し、④遺留分制度の見直し、⑤遺産分割における可分債権の取り扱い、⑥相続人以外の者の貢献についてである。そして、2016年1月、この内容をまとめ、報告書を提出した<sup>(25)</sup>。これを受けて、同年4月、法務大臣諮問第100号により、法制審議会民法（相続関係）部会（以下「民法（相続関係）部会」という。）が立ち上げられた。2016年6月に公表された「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」という。）<sup>(26)</sup>では、生存配偶者の短期居住権・長期居住権の新設、生存配偶者の相続分の引き上げ、自筆証書遺言の方式、遺産に含まれる預貯金の仮払制度、遺言執行者の権限の明確化、遺留分減殺請求の債権化等広範囲な改正提案がなされた。そして、同年7月～9月末日この中間試案についてのパブリックコメント（以下「パブコメ」という。）が行われた。パブコメの結果、配偶者相続分の引き上げに関して反対の意見が多かったことから、2017年8月「中間試案後に追加された民法（相続関係）等の改正に関する試案（追加試案）」（以下「追加試案」という。）<sup>(27)</sup>が公表された。ここでは、配偶者の相続分の引上げは見送られ、その代替案として、中間試案の内容とは全く異なる婚姻期間が20年以上である生存配偶者への持戻し免除が提案された。2017年10月17日に開催された民法（相続関

(25) 相続法制検討ワーキングチーム報告書(<http://www.moj.go.jp/content/001143586.pdf>)。

(26) 中間試案 (<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900291.html>)

(27) 追加試案 (<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900331.html>)。



係) 部会は、追加試案のパブコメを踏まえて生存配偶者の持戻し免除について、支持を得たとして追加試案の内容で検討を進めた。2018年1月16日に開催された民法(相続関係)部会では、全会一致で「民法(相続関係)等の改正に関する要綱案」<sup>(28)</sup>が取りまとめられ、同年2月16日に、法制審議会総会において、要綱案どおりの内容で答申することになり、同日、法務大臣に「民法(相続関係)等の改正に関する要綱」を答申した。そして、同年3月13日、国会提出法案である「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律案」が公表され、同年7月6日に「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」が成立し、7月13日に公布された。施行期日は、配偶者居住権の新設等に関しては、2020年4月1日となった<sup>(29)</sup>。

## 2 配偶者居住権の概要

近年、相続開始時点で配偶者が既に高齢になっていることの増加に伴い、配偶者の生活保障の必要性が高まる一方、子の生活保障の必要性は相対的に低下しているとの指摘がされている。また、高齢者の再婚等、相続に関する社会情勢にも変化が現れ、これらの社会情勢の変化に応じて、配偶者の死亡後、生存配偶者が長期間にわたって生活を継続することが考えられ、住み慣れた住宅環境の居住権の確保等を目的とし、生存配偶者の長期居住権と短期居住権が新設されることになった<sup>(30)</sup>。

### (1) 短期居住権

短期居住権については、上記最判平成8年やフランス民法典などを参考にし、被相続人の所有する居住建物に相続開始時に無償で居住していた場合、相続開始後の短期間、生存配偶者は引き続き居住建物を利用できるとする。これは、無償で利用を認める権利なので、第三者対抗力を付与しない

(28) 「民法(相続関係)等の改正に関する要綱案」(<http://www.moj.go.jp/shingilshingi04900346.html>)

(29) 注(1)参照。

(30) 中間試案・注(26)2頁・8頁。

とし、使用借権類似の法定債権とする。

短期居住権は、被相続人の財産に属した建物に相続開始時に無償で居住していたことを成立要件とする。その存続期間は、①生存配偶者が共同相続人である場合は、遺産分割により居住建物の帰属が確定した日または相続開始の時から6か月を経過する日のいずれか遅い日（改正法1037条1号）、②生存配偶者が共同相続人でない場合（居住建物に遺産共有持分を有しない場合）は、短期居住権の消滅の申入れの日から6か月を経過する日とする（同法1037条2号）<sup>(31)</sup>。短期居住権の効力は、使用貸借等の規定が準用され、居住建物の通常の必要費を負担し（同法1041条）、居住建物の所有者に対し用法遵守義務や善管注意義務を負うことになる（同法1038条1項）。また、短期居住権の消滅事由は、生存配偶者の死亡（同法1041条による民法597条3項準用）、生存配偶者の義務違反（同1038条3号）<sup>(32)</sup>、生存配偶者の長期居住権の取得（同法1039条）である。

(31) 第1037条「配偶者は、被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に無償で居住していた場合には、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める日までの間、その居住していた建物（以下この節において「居住建物」という。）の所有権を相続又は遺贈により取得した者（以下この節において「居住建物取得者」という。）に対し、居住建物について無償で使用する権利（居住建物の一部のみを無償で使用していた場合にあっては、その部分について無償で使用する権利。以下この節において「配偶者短期居住権」という。）を有する。ただし、配偶者が、相続開始の時ににおいて居住建物に係る配偶者居住権を取得したとき、又は第891条の規定に該当し若しくは廃除によってその相続権を失ったときは、この限りでない。」

一 居住建物について配偶者を含む共同相続人間で遺産の分割をすべき場合、遺産の分割により居住建物の帰属が確定した日又は相続開始の時から6箇月を経過する日のいずれか遅い日

二 前号に掲げる場合以外の場合、第3項の申入れの日から6箇月を経過する日」。

同条第2項「前項本文の場合においては、居住建物取得者は、第三者に対する居住建物の譲渡その他の方法により配偶者の居住建物の使用を妨げてはならない。」

同条3項「居住建物取得者は、第1項第1号に掲げる場合を除くほか、いつでも配偶者短期居住権の消滅を申入れることができる。」

(32) 第1038条1項「配偶者（配偶者短期居住権を有する配偶者に限る。以下この節において同じ）は、従前の用法に従い、善良な管理者の注意をもって、居住建物を使用しなければならない。」

同条2項「配偶者は、居住建物取得者の承諾を得なければ、第三者に居住建物を使用させることができない。」

## (2) 長期居住権

長期居住権は、相続財産である居住建物の全部について無償で使用・収益する権利であり<sup>(33)</sup>、遺産分割における選択肢の1つとして新設された。その法的性質は、賃貸借類似の法定債権とされ、所有権ではなく居住建物を無償で使用を可能とする長期利用権である。長期居住権は、その前提要件として、配偶者が相続開始時に被相続人の建物に居住していたことを要し、次の、⑦その建物について、生存配偶者に配偶者居住権を取得させる旨の遺産分割（同法1028条1項1号）、④遺贈・死因贈与（同法1028条1項2号、民法554条）、⑤遺産分割審判（同法1029条）<sup>(34)</sup>のいずれかに該当した場合に取得が可能となる。遺産分割審判では、共同相続人間の同意が必要である（同法1029条1項）。長期居住権の存続期間は、終身または一定の期間（同法1030条）<sup>(35)</sup>である。また、長期居住権を第三者に主張するには対抗要件として登記を必要とし、居住建物の所有者は、配偶者居住権の登記を備える義務を負う（同1031

同条3項「配偶者が前二項の規定に違反したときは、居住建物取得者は、当該配偶者に対する意思表示によって配偶者短期居住権を消滅させることができる。」

- (33) 第1028条1項「被相続人の配偶者（以下この章において単に「配偶者」という。）は、被相続人の財産に属した建物に相続開始の時に居住していた場合において、次の各号のいずれかに該当するときは、その居住していた建物（以下この節において「居住建物」という。）の全部について無償で使用及び収益をする権利（以下この章において「配偶者居住権」という。）を取得する。ただし、被相続人の相続開始の時に居住建物を配偶者以外の者と共有していた場合にあつては、この限りではない。

一 遺産の分割によって配偶者居住権を取得するものとされたとき。

二 配偶者居住権が遺贈の目的とされたとき。」

同条2項「居住建物が配偶者の財産に属することとなった場合であっても、他の者がその共有持分を有するときは、配偶者居住権は、消滅しない。」

同条3項「第903条第4項の規定は、配偶者居住権の遺贈について準用する。」

- (34) 第1029条「遺産の分割の請求を受けた家庭裁判所は、次に掲げる場合に限り、配偶者が配偶者居住権を取得する旨を定めることができる。

一 共同相続人間に配偶者が配偶者居住権を取得することについて合意が成立しているとき。

二 配偶者が家庭裁判所に対して配偶者居住権の取得を希望する旨を申し出た場合において、居住建物の所有者の受ける不利益の程度を考慮してもなお配偶者の生活を維持するために特に必要があると認めるとき（前号に掲げる場合を除く）。」

- (35) 第1030条「配偶者居住権の存続期間は、配偶者の終身とする。ただし、遺産の分割の協議若しくは遺言に別段の定めがあるとき、又は家庭裁判所が遺産の分割の審判において別段の定めをしたときは、その定めるところによる。」

条1項・2項)<sup>(36)</sup>。居住建物の所有者が登記の申請に協力しない場合は、生存配偶者は、所有者に対して、登記の申請を求める訴えをすることができる。

生存配偶者が長期居住権を取得したときは、その財産的価値に相当する価値を相続したものと扱い、生存配偶者の具体的相続分に反映されることになる<sup>(37)</sup>。居住不動産の評価額によっては、預貯金など他の相続財産も相続することが可能になるが、若くして死別すると、長期居住権の存続期間が相当長期間に及び、評価額が所有権を取得するのと変わらなくなる。

また、長期居住権は譲渡することができないうえ、所有者の承諾がなければ、第三者に居住建物を使用・収益させることができないとするため（同法1032条2項・3項）<sup>(38)</sup>、配偶者の意思だけで第三者に使用・収益をさせることはできない。生存配偶者は、居住建物について善管注意義務・用法遵守義務（同法1032条1項）<sup>(39)</sup>を負う。また、居住建物の使用・収益の必要な修繕は生存配偶者が行い（同法1033条1項）<sup>(40)</sup>、居住建物の通常の費用を負担する（同法1034条1項）<sup>(41)</sup>。賃借権の類似性を考慮して、使用貸借及び賃貸借の規定を準用する（同法1036条による民法597条1項・3項、600条、613条、616条の2）。そして、善管注意義務規定の違反（同法1032条4項）、長期居住権の譲渡・使用・収益違反（同1032条2項3項）、使用貸借・賃貸借規定違反

36) 第1031条1項「居住建物の所有者は、配偶者（配偶者居住権を取得した配偶者に限る。以下この節において同じ。）に対し、配偶者居住権の設定の登記を備えさせる義務を負う。」

同条2項「第605〔不動産賃貸借の対抗力〕条の規定は、配偶者居住権について、第605条の4〔不動産の賃借人による妨害の停止の請求等〕の規定は配偶者居住権の設定に登記を備えた場合について準用する。」

37) 配偶者居住権の価値評価については、平成29年3月28日第19回部会会議部会資料19-2「長期居住権の簡易な評価方法について」(<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900313.html>)。

38) 第1032条2項「配偶者居住権は、譲渡することができない。」同3項「配偶者は、居住建物の所有者の承諾を得なければ、居住建物の改築若しくは増築をし、又は第三者に居住建物の使用若しくは収益させることができない。」

39) 第1032条1項「配偶者は、従前の用法に従い、善良な管理者の注意をもって、居住建物の使用及び収益をしなければならない。」

40) 第1033条1項「配偶者は、居住建物の使用及び収益に必要な修繕をすることができる。」

41) 第1034条1項「配偶者は、居住建物の通常の必要費を負担する。」

に対しては、建物所有者は長期居住権の消滅を請求することができ<sup>(42)</sup>、生存配偶者が死亡したときは、その存続期間の満了前であっても消滅する。

### (3) 持戻し免除による生存配偶者への居住権の優遇

現行法では、相続人に対する遺贈や贈与（婚姻のための生計の資本など）については、特別受益として相続分からその目的財産の価額を控除する（民法903条1項）持戻しを行う。ただし、被相続人が相続人に特別受益としない意思表示があったときは持戻し免除をすることが認められている。これについて、改正法903条4項に、婚姻期間が20年以上の夫婦である被相続人が、他の一方に対し、その居住建物・敷地の全部または一部を遺贈・贈与したときは、持戻し免除の意思があったものと推定する規定が設けられた<sup>(43)</sup>。また、改正法1028条4項では、903条4項の規定は、配偶者居住権の遺贈について準用するとする。したがって、この持戻し免除により生存配偶者の相続分は、極めて多大となる可能性がある<sup>(44)</sup>。

### (4) 相続法改正における疑問点

短期居住権に関しては、最判平成8年により、すでに相当程度の保護がなされており、本改正では、これを超える保護がなされているとは思われない。しかも、短期居住権の期限を6か月としているが、次のⅢ・2・(5)フランス民法典の短期居住権では1年の期間が設けられていることからすると、非常に短いと思われる。

(42) 第1032条4項「配偶者が第一項又は前項の規定に違反した場合において、居住建物の所有者が相当の期間を定めてその是正がされないときは、居住建物の所有者は、当該配偶者に対する意思表示によって配偶者居住権を消滅させることができる。」

(43) 第903条4項「婚姻期間が20年以上の夫婦の一方である被相続人が、他の一方に対し、その居住用の建物又はその敷地について遺贈又は贈与したときは、当該被相続人は、その遺贈又は贈与について第1項の規定を適用しない旨の意思を表示したものと推定する。」

(44) パブリックコメントで、生存配偶者の相続分の引上げに否定的な意見が多く、断念するしかないために、持戻し免除を隠れ蓑にして相続分引き上げを実現しようとしたとの見方がある（法制審議会民法（相続関係）部会第25回会議参考資料6頁）。

長期居住権については、物権ではなく法定債権とし、登記を必要とすることで、たとえ、居住建物がある土地が第三者に譲渡されたとしても、生存配偶者はその居住建物に住み続けることができるとする。また、生存配偶者が配偶者居住権を取得したときは、その財産的価値に相当する価額を相続したものと扱い、生存配偶者の具体的相続分に反映されることになる<sup>(45)</sup>。しかしながら民法1028条1項には、居住建物について無償で使用及び収益をする権利とし、長期居住権は「無償」であるとしているのに対し、配偶者の相続分から長期居住権を差し引くのは、「有償」となる。つまり賃借料の前渡しであり、文言の意味が不明である<sup>(46)</sup>。さらに、長期居住権は、使用・収益は認めるが、処分権限のない権利であるため、居住建物を譲渡することはできず(同法1032条2項)<sup>(47)</sup>、所有者の買取請求権も規定されていない。これでは、将来老人ホーム施設等に入居する場合、入居費用等を捻出する手段を失うことになる<sup>(48)</sup>。生存配偶者は具体的な相続分から長期居住権を取得しているのだから、居住建物を換価する権利があるはずであり、買取請求権は必要はないだろうか<sup>(49)</sup>。これの代替案として、1032条3項に所有者の承諾を得れば、居住建物を第三者に使用・収益させることができるとし、生存配偶者が他に移転しなければならなくなったときには、第三者に賃貸借できることにしたというが<sup>(50)</sup>、生存配偶者の相続分は2分の1であるから、居住建物の2分の1の所有権の確保を選択する方が有利なのではないだろうか。これらを考えると、今回の相続改正法による配偶者居住権は、生存配偶者を保護している規定といえるのか疑問である。

(45) 注37参照。

(46) 沖野＝堂蘭・前掲注(2)29頁〔特集相続法改正と実務・沖野発言〕。

(47) 注38参照。

(48) 西・前掲注(2)57頁〔配偶者相続権—相続法改正の動向と課題〕。

(49) フランス民法典における配偶者の住宅への「終身の権利」は譲渡できる(フランス民法典764条5頁)。

(50) 沖野＝堂蘭・前掲注(2)28頁〔特集相続法改正と実務・堂蘭発言〕。



(5) フランス民法典における居住権<sup>(51)</sup>

2018年相続法改正において、フランス民法の配偶者居住権などが参考にされている。審議過程においては、長期居住権について、生存配偶者が居住建物を使用する権利としているので、その法的性質について用益権<sup>(52)</sup>とする考え方もあったが、居住建物の所有者と生存配偶者との人間関係に問題がある場合、用益権の設定が新たな紛争を生じさせかねないとして、用益権を創設する必要はないとする見解が多かったようである<sup>(53)</sup>。ボアソナード氏による日本の旧民法には、第一部物権編第2章第1節に用益権の規定が設けられていた。この用益権の規定は、第44条から109条に及ぶものである。これは、フランス民法を参考にしたものである。第44条は、「用益権トハ所有権ノ他人ニ属スル物ニ付キ其用法ニ従ヒ其元質本体ヲ変スルコト無ク有期ニテ使用及ヒ収益ヲ為スノ権利ヲ謂フ」と定めていた。また、用益権の消滅は、所有権消滅の原因と同一の原因によって消滅するほか、用益権者の死亡であるとする（同99条）。しかし、明治民法においては、用益権は全く削除されてしまった。その理由は、用益権は欧州でも弊害があり、さほど必要ないということであった<sup>(54)</sup>。

フランス民法典は、2001年12月3日法律により、生存配偶者の法定相続権の拡大・強化と、生存配偶者の生活基盤である居住権の確保を図った。法定相続に関して、夫婦共通の子との共同相続の場合、生存配偶者の法定相続分は、相続財産の4分の1の所有権または現存財産の全体についての用益権

(51) 1981年、ヨーロッパ審議会 (conseil de l'Europe) は、加盟国に対する「家族の住居の占有及び家財道具の利用についての夫婦の権利に関する勧告」の付則・原則4で「生存配偶者は、相当な場合に、かつ各国の国内法により定められた諸条件において家族の住居の占有を継続する権利を有する」とした。この勧告後、加盟国において、婚姻法、夫婦財産法および相続法の改正等が行われている。

(52) 用益権は、他の者が所有権を有する目的物の保存を負担として使用・収益する物権である。

(53) 中間試案・前掲注(26)・「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」第1「配偶者居住権のための方策」2～10頁。

(54) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同『民法論集第1巻』（有斐閣、1970年）92頁。梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』（明法堂、1898年）240-241頁、池田真朗『ボアソナードとその民法』（慶応義塾大学出版、2011年）70頁。

(usufruit) を選択できるとした(フランス民法典757条)。この用益権により、生存配偶者の居住住宅の確保が実現し、高齢に達した生存配偶者にとって、虚有権者(nu-propiétaire)である子への財産の移転承継が可能になった。他方、内縁の場合、財産編に規定される居住住宅の用益権を生存内縁者に無償譲渡(恵与 libéralité)である遺贈をすることが可能である(同法578条以下)。

また、居住住宅の確保として配偶者相続権の枠を超えた「一時的な住宅への権利」(du droit au logement temporaire)と住宅への「終身の権利」(du droit viager au logement)が創設された<sup>(55)</sup>。一時的な住宅の権利としての短期居住権(同法763条)は、相続法上の権利ではなく、婚姻の直接の効果とみなされ、相続債権(債務)の一部として把握されている(同法同条3項)。短期居住権の期限は1年間となる(同法763条1項)。この短期居住権は、パクスの場合にも認められており(同法515条の6第3項)<sup>(56)</sup>、パクスパートナー所有の住居の場合、死亡解消後1年間無償で居住できる。また、居住建物を共有していた場合は、所有権、賃借権につき遺産分割の際に優先分与権がある(同法831条、515条の6第1項)。

さらに、居住住宅の終身の権利としての長期居住権は、他方配偶者の死亡時に居住していた住宅が夫婦の共有であるか、または相続財産に全面的に属する場合に、その居住住宅の居住権および家具の使用権を、その死亡時まで得ることができる(同法764条)。この長期居住権は物権であり、その物権としての性格は基本的に用益権と同様であるとする<sup>(57)</sup>。ただし、公正証書遺言で被相続人の反対意思により排除される(同法764条1項)。これらの権利は、

(55) 原田純孝「フランス相続法改正と生存配偶者の法的地位—2001年12月3日の法律をめぐって(2)」判タ1117号(2003年)64頁以下。

(56) パクスは、当事者の合意による契約によって成立し、民法典にパクスの効果が規定されている。たとえば、共同生活義務、物質的援助義務、相互扶助義務(仏民515-4条1項)などが規定されているが、相続人にはなれず、氏の変更、姻族関係の発生、嫡出推定規定の適用はされない(大島・前掲注(1)135頁以下)。これによると、日本の内縁はパクスに近いと考えられる。

(57) 原田・前掲注(55)70頁。

法定相続法の一態様として、相続人の資格で、相続の一部をなすものとして取得するとし<sup>(58)</sup>、この権利の価額は生存配偶者の相続分から控除される（同法765条1項）。

このように、日本民法とフランス民法典の居住権とは差異があり、最も大きな違いは、フランス民法典の場合、配偶者居住権は物権とされ、長期居住権を譲渡することができる。これに対して、日本の場合は賃借権に類似した法定債権とされ、譲渡は許されないとする利用権にとどまることになる。つまり、フランスでは、長期居住権を得た生存配偶者が居住住宅を譲渡して転居費用を得ることが可能であるのに対し（同法764条5項）、日本の場合は、買取請求権がないので、費用を捻出することができない。また、フランスの場合、相続の前に、夫婦財産の清算が行われるため、相続財産は、死亡配偶者の固有財産にのみが相続財産として分配されることになる。これは、夫婦財産制に夫婦財産の清算規定がない日本の民法とは決定的に異にする。したがって、相続の前に夫婦財産の清算を行っているフランスの配偶者の相続分が日本の配偶者の相続分より少ないとは言えない。また、夫婦財産の清算、相続財産の分配について公証人の関与がなされていることは、すべてを相続人に丸投げしている日本の場合とは、実務の点においてかなり異なる。

内縁については、フランスの場合、内縁者が遺言を作成する際に、用益権（usufruit）の遺贈（legs）をすることが有益であり、実務においては、内縁者間で頻繁に譲渡の手段として利用されている。多くの学説も内縁者間の用益権の遺贈について、生存内縁者の利益を保障することを認めている。用益権は、他の者が所有権を有する目的物をその物の実体を保存することを負担として使用、収益する物権である（同法578条）。すなわち、用益権は、ある物を使用し、その物から果実を収取する権利を用益権者（usufruitier）に終身で与える部分移譲された権利である<sup>(59)</sup>。用益権者は、使用権、収益権を有するが、処分権がない。また、用益権は用益権者の生存を要件とし、終身まで

(58) 原田・前掲注6570頁。

(59) Gérard CORNU, Vocabulaire Juridique, Presses Universitaires de France, 2012, p.1047.

使用・収益が可能となる（同法617条）。一方、用益権を設定された目的物の真の所有者である虚有権者（nu-propriétaire）は、使用権、収益権はないが、処分権を有する。したがって、用益権の設定が消滅すると、虚有権者はその目的物の所有者となる。内縁者間で居住不動産の用益権が遺贈された場合、生存内縁者は自己の死亡まで、居住不動産の使用・収益が可能となり、安定した居住利益が保障されることになる。また、死亡内縁者の相続人は、生存内縁者の死亡後、居住不動産の完全な所有権を確保するという点で、生存内縁者と相続人両者のバランスを考慮し得るものである<sup>(60)</sup>。

#### （6）相続法改正における内縁の居住権

相続法改正の生存配偶者の居住権は、多様な家族形態への対応がなされておらず、内縁・事実婚、同性婚などは適用除外としている。しかし、短期居住権は婚姻の効果であると考えられ、類推適用が可能であると思われる。これに対して、長期居住権は、長期居住権の財産的価値に相当する価額を相続したものとして、生存配偶者の具体的相続分から控除することになるので、相続権のない内縁者への類推適用は困難のように思われる。今回の相続法改正の附帯決議には「政府は、本法の試行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである。一 現代社会において家族の在り方が多様に変化してきていることに鑑み、多様な家族の在り方を尊重する観点から、特別の寄与の制度その他の本法の施行状況を踏まえつつ、その保護の在り方について検討すること。二 性的マイノリティを含む様々な立場にある者が遺言の内容について事前に相談できる仕組みを構築するとともに、遺言の積極的活用により、遺言者の意思を尊重した遺産の分配が可能になるよう、遺言制度の周知に努めること。」としている。上川元法務大臣の見解では、「多様な家族」とは、事実婚・同性カップルなど指すとする。これは、いずれ内縁の居住権について改めて検討する必要があることを示唆しているものであるから内縁

(60) フランスの死亡解消における生存内縁者の財産保護については、Wilfried BABY, La protection du concubin du survivant, Defré-lextensio editions, 2009, n°47-49, pp.30-31.

の居住権の保障を検討することには意義がある。

## Ⅳ 内縁の死亡解消における居住権

### 1 生存内縁者の居住権に関する判例・裁判例

生存内縁者の居住権に関する判例・裁判例として、内縁者の共有不動産に居住していた場合と、内縁者の一方が単独で所有する不動産に居住していた場合とに分けられる。

まず、内縁者の共有不動産に居住していた場合として、最判平成10年2月26日民集52巻1号255頁（以下「最判平成10年」という。）がある。これは、内縁者A・Yが、事業を共同で営み、A名義の甲不動産を居住住宅および事業の作業場として共同で占有・使用していた。甲は共同事業の収益により順次取得したものである。A死亡によりAの相続人X（子）が甲を承継したが、YはA死亡後も事業を継続し甲を単独で使用・居住していた（別訴で、甲はA・Yの各2分の1の共有と確定）。Xは、Yに対し不当利得に基づく賃料相当額の2分の1（1615万4868円）の支払を求めた。これに対し、Yは、Y・A間の甲の共有および甲の使用貸借契約の締結がX・Y間に承継されると主張した。原審は、Y・A間の使用貸借契約の成立は認めず、Yの不当利得を認め、Xの請求を1275万余の限度で認容した。これに対し最高裁は、「共有者間の合意により共有者の一人が共有物を単独で使用する旨を定めた場合には、右合意により単独使用を認められた共有者は、右合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独で使用するができ、右使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないものと解される。そして、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用していたときは、特段の事情がない限り、両者において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。…（中略）…内縁関係にあったYとAとは、その共有する甲不動産を居住及び共同事業のために共同で使用

してきたというのであるから、特段の事情がない限り、右両名の間において、その一方が死亡した後は他方が甲不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である」とし、Yに対するXの不当利得返還請求を否定し、生存内縁者は、甲不動産を無償で継続して使用・収益できるとした<sup>(61)</sup>。ただし、相続人からの共有物分割請求（同258条1項）があると共有関係が終了することとなり、生存内縁者が代償金が払えない場合は居住権を失うことになる。この点について争われた東京地判平成8年7月29日判時1597号97頁<sup>(62)</sup>（以下「東京地判平成8年」という。）は、子と実母とが共有する乙マンション1室につき、子と実母が居住しているケースであったことから、子からの甲の共有物分割請求を退けられている。この裁判例に従えば、最判平成10年の場合も、相続人から生存内縁者への甲不動産の共有物分割請求が権利濫用として、生存内縁者の居住権が保障され得る可能性がある。

(61) 学説は、結論に対して概ね肯定的である（右近健男「判批」リマークス（上）18号67頁、吉田克己「判批」ジュリ1157号（1999年）87頁、岡本詔治「判批」判時1649号230頁（1998年）、原司「判批」法律のひろば10号（1998年）48頁、山下郁夫「判批」曹時52巻10号（2000年）211頁以下。）。しかし、生存内縁者が居住不動産を単独で無償使用できるとする法的構成については見解が分かれており、これについて、民法752条類推適用説（内縁者双方が協力して取得した財産につき共有関係が成立している場合、共同生活中に形成された実質的な共有財産の利用につき、民法752条を反映した利用関係を認める管理に関する黙示の合意があるとみることができると、一方が死亡し、その地位を相続人が承継することで、相続人はその合意を承継することになり、生存配偶者は、一方の死亡後も居住不動産を無償で使用するものと認められるとする。）と、無償利用関係説（夫婦は社会的・経済的・人格的に対等であり、婚姻住居の無償使用について合意があり、同等・同質の利用利益を有するとする。そのため、配偶者の居住利益は、譲渡性・相続性がない独自の利用権であり、婚姻の解消によっても影響を受けない特殊の権利「生涯無償利用権」を構成すると解する。このような「生涯無償利用権」は、内縁の場合にも成立し、この権利は相続人に承継するとする。）とがある。

(62) この事案は、子Xとその実母Yとが共有する甲マンションの1室（Xの持分は1万分の2278、Yの持分は1万分の7722である）について、XがYに対し、共有物分割請求権に基づき甲マンションの競売による代金分割を求めたのに対し、Yが、権利濫用等の各抗弁を主張して権利行使の可否を争ったものである。地裁は「民法256条の定める共有物分割請求権は、…各共有者の分割の自由を貫徹させることが当該共有関係の目的、性質に照らして著しく不合理であり、分割請求権の行使が権利の濫用に当たると認めるべき場合があることは否定することができない」と述べ、Yが60歳であり、また病気をかかえているため、就業不能で、本件不動産を唯一の生活本拠としていること、Xは経済力を有し、現に他的高级賃貸不動産に居住していること等を総合的に勘案して、Xの共有物分割請求を斥けた。



これに対し、内縁者の一方が単独で所有する不動産に居住していた場合は、主婦婚型の内縁関係のように居住不動産を購入する資力のない内縁者が、一方の内縁者が所有する不動産に同居していた場合、その内縁者の死亡後には、当該不動産は相続財産となり相続人に帰属することになる。裁判例は、使用貸借<sup>(63)</sup>、権利濫用<sup>(64)</sup>、財産分与類推適用<sup>(65)</sup>、共有持分推定<sup>(66)</sup>等により内縁者の居住権の保護をしてきた経緯がある。

(63) ① 大阪地判昭和37年11月30日下民集13巻11号2403頁。この事案は、亡AとYとは挙式をしているが内縁関係であったところ、AがYとの終生の住居とするためと、Yの将来の生活も考慮しYに贈与する意向で甲不動産を購入し、AとYは甲不動産で共に生活をしていった。A・Y間では婚姻の届出をする話合いがされていたが、その手が遅れていたうちに、Aが急死した。Aの死亡により、相続人Xらが甲不動産を相続したが、YがAの死亡後も引き続き甲不動産を占有・使用していた。そのため、XらがYに対し、甲不動産の家屋明渡請求をしたものである。地裁は「同居協力権（同居協力義務の反面である）を一種の余後効というべきものであるが、家屋の使用占有という面にかぎって財産法的に構成すれば、別段の合意のあるばあいのほか、内縁の夫の死亡（内縁の妻の生存中にその夫が死亡したばあい）を停止条件とし、その妻の死亡を終期、その不行跡その他特段の事由の存在を解除条件とし、夫婦生活の本拠であった家屋を妻に無償で使用収益させる合意（使用貸借）が内縁関係そのものの身分的合意に付随して、夫婦間に存するものというべく、この合意は、その性質上、夫の相続人に承継され（民法599条参照）、内縁の妻は、当該合意に基づく使用収益権をもって、夫の相続人に対抗しうる。」とした。

② 大阪高判平成22年10月21日判時2108号72頁。この事案は、Yと亡Aは、Aの妻Bの死亡後、A所有の甲建物でYと過ごし、Aの自宅に帰るのは週一回程度だったが、2004年頃から、AとYは甲建物に同居し始めた。AとYは、40年近く内縁関係にあったが、2006年、Aが死亡した。Aの死亡後も、Yは甲建物に居住し続けていたため、Aの相続人Xが、Yに対し甲建物につき建物明渡請求、および1か月12万円の割合による賃料相当損害金請求、②A名義の預金800万円を無断で払い戻しこれを領得したと主張して、不法行為による損害賠償請求として800万円および遅延損害金の支払いを求めたものである。高裁は「内縁の妻として40年もの長きにわたりAに尽くし、…（中略）…AがYの行く末を案じ住処を確保してやりたいと考えることは極めて自然なことであったといえる。…（中略）…AがYを死ぬまで無償で甲建物に住み続けさせる意思を有していたものと優に認めることができる…（中略）…そうすると、Aの申渡しがあった2004年ころには、AとYとの間で、黙示的に、Yが死亡するまで甲建物が無償で使用させる旨の本作使用貸借契約が成立していたものと認める」とした。

(64) 最判昭和39年10月13日民集18巻8号1578頁。この事案は、亡Aは亡Bとの間には養子Xがいる。Bの死亡後、1956年、AはBの妹であるYと挙式をあげたが内縁関係にあり、互いに協力して養鶏業等を営みながら甲建物に居住していた。YとXとが不和となりXは実家に帰省していた間、Aは、Xとの離縁を考えたが戸籍上の手続きをしないうちに、1958年、Aが死亡した。Aの死亡により、XがAの遺産を相続したが、YがAの死亡後も甲建物を占有していたので、XがYに対し甲家屋明渡請求をしたものである。最高裁

従来、内縁の居住権の保護については、権利濫用理論で解決することが多く主流であった。使用貸借による裁判例は、居住不動産を最終的には子どもに承継させたいが、生存内縁者にはその居住権を保障したいという被相続人

は、「XおよびY間の身分関係、甲建物をめぐる右両者間の紛争のいきさつ、右両者の甲建物の各使用状況およびこれに対する各必要度等の事情につき、原審がその挙示の証拠により確定した事実関係に照らせば、Yに対するXの甲建物明渡請求が権利の濫用として許されない。」

- (65) 大阪家審昭和58年3月23日家月36巻6号51頁。この事案は、亡医師Aの妻の没後、AとXは、1948年頃、挙式し内縁関係として夫婦同様の共同生活をしていた。1954年、Aは現住所に丙病院を開設し、ここでXは窓口事務を始め調剤・外科手術等の手伝いをし、30年間に渡って同居してきた。1973年頃、Aは丙病院を閉鎖し、他の診療所に勤務していたが、1974年に死亡した。相続人Yらが、Xから申立てられた居住住宅に継続して居住する意向を示した財産分与事件と、Yらから申し立てられた遺産分割事件と併合審理されたものである。なお、AとXは、Aの最後の入院時に婚姻届をしようとしているが受理されるには至っていない。家審は「生前における解消と死亡による解消を区別する合理的理由に乏しいこと、財産分与に対応すべき義務（一身専属性のものは除く）の相続性は認められるべきであること等からすれば、…夫婦共同体の解体の一場合たる死亡による内縁関係の解消の場合にも右同条の類推適用を認められるべきであり、従って又家事審判法（同法9条）の適用も認められるべきであると解するを相当とする。かく解したにせよ内縁関係をより以上に保障するものというに当たらず、むしろ生前解消によって求め得たところのものを、終生協力関係にあった死亡による場合においてこれを失わせしめることの合理的理由は見出し難く、漫然その相手方の相続人にこれを全て取得せしめることは、不当に利得せしめるものとして公平の観点からも、到底許容し難いものという外なく『片手落ち』のそしりを免れない。」とした。

- (66) 名古屋地判平成23年2月25日判時2118号66頁。この事案は、亡AはBと婚姻し、長男Xと次男Cをもうけたが、1985年頃から、AはDと婚姻しているYと交際し始め、夫婦同様に同居し始めた。1999年、Aは乙土地を購入し、そこに3階建ての乙建物を建築し、1階部分を丙会社の名義とし、2階、3階部分をAの名義で登記手続をした。Aは、死亡時まで、乙建物でYと共同生活を継続していた。その間、Yは、Aの事業の経理等をしていた。2009年、交通事故によりAが死亡した。YはAの死亡後も乙建物に引き続き居住していた。そこで、Xは、Yに対し乙建物明渡請求と賃料相当損害金の支払を求めた。これに対し、Yは、乙建物がAとYの共同事業の収益により建築した共有不動産であるから、2分の1の持分があること、また、YとAの間では、乙建物をAの死亡後もYが単独で無償使用する旨の合意が成立していたなどと主張したものである。地裁は「甲土地・乙建物の購入資金は、このようなYの援助によって得られたことが認められるのであって、これらの事実からすれば、Yは、Aの乙建物の取得について共有持分取得に相応する程度の寄与をしていると評価できる。以上の諸点を考慮すれば、Aが自身が死亡した場合に乙建物がXやBの管理に委ねられ、Yが乙建物から出て行くことになるなどということは想定していたとは考えられず、自分の死後は当然Yが乙建物を単独で無償使用することを想定していたと考えるのが合理的であり、YとAの間ではかかる合意が黙示に成立していたと認めるのが相当である。」とした。

の意思がある場合にみられる。また、財産分与を類推適用して解決を図ろうとする裁判例では、生存中の内縁解消に民法768条の財産分与規定を類推適用していることから、この財産分与規定を内縁の死別解消に類推適用し、生存内縁者の居住権の保護を試みる。これについて、最決平成12年3月10日民集54巻3号1040頁（以下「最決平成12年」という）は、「法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法768条の規定を類推適用することはできないと解するのが相当である。民法は、法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしている。このことにかんがみると、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保障に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続を開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないことである。」と述べ、内縁の死別解消に財産分与の類推適用を否定した。

これらに対し、共有持分推定によった裁判例は、前記最判平成10年を挙げ、生存内縁者が建物の取得について共有持分取得に相応する程度の寄与を認め、生存内縁者の単独での無償使用を認めている。

## 2 学説

学説には、主に(a)権利濫用説<sup>(67)</sup>、(b)使用貸借説<sup>(68)</sup>、(c)財産分与説<sup>(69)</sup>、(d)民

(67) 水本浩「判批（大判昭和8年8月10日）」百選40号（新版増補版、1973年）27頁、中井美雄「判批（最判昭和39年10月13日）」別冊ジュリ66号（第3版、1980年）17頁、森網郎「判批（最判昭和39年10月13日）」法曹16巻12号（1964年）1938頁。

(68) 玉田弘毅「被相続人の内縁の妻の居住権—相続の承継家屋をめぐる—」法律論叢38巻4号（1964年）70頁、四宮和夫「判批（最判昭和39年10月13日）」法協91巻7号（1974年）1153頁、加藤永一「夫婦の財産関係について(1)—夫婦財産の利用関係を契機として—」民商46巻1号（1962年）16頁。

法762条2項説<sup>(70)</sup>等がある<sup>(71)</sup>。

(a)権利濫用説は、生存内縁者の居住の意思および必要性、内縁関係の実態、相続人側の事情等を比較考量し、相続人から生存内縁者に対する居住不動産の明渡請求を排斥する。(b)使用貸借説は、使用借権は不動産の所有者の死亡で消滅しないため、生存内縁者は、不動産所有者の死亡後も、引き続き居住不動産に居住し得るとする(債権法改正597条3項)。この説は、権利としては極めて弱い。(c)財産分与説は、内縁の死別解消における財産の分配について、内縁の離別解消の場合における財産の清算に財産分与規定の類推適用が認められていることに着目し、死別解消の場合に財産分与の類推適用を考える。財産分与であれば、専業主婦の内縁者にも夫婦財産の清算として包括的に財産の分与が認められ、高齢・病気などで財産形成に寄与がない場合でも、扶養の必要性を考慮して分与が認められるので、生存内縁者に適切な保障が可能となるとする。また、簡便で迅速な家事審判手続きが利用でき、そこでは、審判前の保全処分や遺産分割事件と併合した審理が期待できるとする。しかし、前記最決平成12年が示すように、内縁の死別解消に財産分与の類推適用を認めることは、婚姻の死別解消に、相続とは別の処理を行う途を開くことになり、現行法体系を崩すおそれがあるという批判<sup>(72)</sup>がある。この批判に対して、この説の論者は、現行法が予定していないのは、死別解消に財産分与を適用することであり、内縁には、二つの制度(財産分与と配偶者相続権)がないのだから、体系上の問題は起こりようがないと再反論する<sup>(73)</sup>。こ

(69) 青山道夫『改訂家族法論Ⅰ』(法律文化社、1951年)115頁、久貴忠彦「判批(広島高決昭和38年6月19日)」法時35巻11号(1983年)101頁、二宮・前掲注(3)308頁〔事実婚の現代的課題〕、同『事実婚の判例総合』(信山社、2006年)161-162頁。

(70) 井上哲男「遺産分割における内縁者の地位」判タ688号(1989年)134頁、深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢12巻1-2号合併号(1966年)225頁。拙稿「死亡解消における財産の清算(2)」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要32号(2011年)244頁以下。

(71) その他に、無償関係説、準親族共助説、余後効説、居住権論説などがある。

(72) 学説では、仁平政夫「判批(大阪家審昭和58年3月23日)」家月37巻9号(1985年)156頁、山口純夫「判批(大阪家審昭和58年3月23日)」判タ543号(1985年)134-135頁がある。

(73) 二宮・前掲注(3)308頁〔事実婚の現代的課題〕。

の説は夫婦財産の清算としての機能を重視しているが、そもそも夫婦財産の清算は、夫婦財産制の中で行われるべきではないかと考える。(d)民法762条2項説は、内縁中に双方で協力し形成した居住住宅などの財産は、民法762条2項類推適用により内縁者双方に帰属し、内縁者双方の共通財産となり、死亡解消においては、死亡内縁者の相続人と共有(民法249条以下)になることで生存内縁者の居住権の保障が可能になるとする。

ところで、現行法には、婚姻解消時における夫婦財産の清算規定が設けられていない。この夫婦財産の清算機能を補うために財産分与規定・配偶者相続権に財産の清算の役割を強いている。しかし、本来ならば夫婦財産の清算は、夫婦財産制の枠の中に清算規定が設けられるべきであろう。そうすると、内縁にも法定財産制の類推適用は認められているのであるから、内縁解消時に、内縁中に双方が協力して形成した共通財産の清算が履行されることになり、居住住宅の保障も可能となり得る。したがって、民法762条2項説による解決が妥当であろうと考える<sup>(74)</sup>。

次に、何故に財産の清算が夫婦財産制の中で実行され得ないのか、日本の夫婦財産制の検討を試みる。

## V 夫婦財産制での夫婦財産の清算<sup>(75)</sup>

### 1 夫婦財産制の経緯

わが国で初めて夫婦財産制の規定が考えられたのは、1872年、司法省明法寮による民法草案<sup>(76)</sup>である<sup>(77)</sup>。これは、フランス民法典を包括的に模倣し

(74) 我妻教授は、「共通財産を清算し、実質的に内縁の妻の所有に属するものはその所有とすべきである(相続人に対して求償請求権をもつ)」とする(我妻・前掲注(16)203頁)、二宮教授は「死別解消の場合には、最高裁は財産分与の類推規定を否定するので…、民法762条2項の類推適用による解決は、なお有用性がある」と述べる(二宮・前掲注(69)67頁〔事実婚の判例総合〕)。

(75) 拙稿「内縁解消における財産の清算—大阪高決平成23年11月15日家月65巻4号40頁を契機に一」岡法66巻2号(2016年)677頁以下参照。

(76) 明治民法の編纂は、「①ボアソナード以前の初期の民法編纂史、②旧民法編纂史(民法論叢を含む)、③明治民法編纂史の3部」に分けられ、①ボアソナード以前の初期の民法

たものであり、夫婦財産制については、第6巻契約編3第597条に、「夫婦タル時間ニ得タル所ノ動産不動産并ニ其動産不動産ヨリ生スル所ノ利益ハ共通財産中ノ物ナリトスル」と規定され、所得共通制が採用されている。その後、元老院に民法典編纂局が設けられ、ボアソナードによって民法典の編纂が開始されたが、身分法については、日本の習俗・慣習を重視することにより日本人の起草委員によって行われた。1887年10月頃、旧法「人事編および財産獲得編第1草案」（以下「第1草案」という。）が起草され、フランス民法典同様の規定がおかれ、法定財産制には所得共通制が採用されている（第1草案1846条）。所得共通制を採用した理由は、別産制は婚姻の本質に反するだけでなく配分に不便であり、所得に関して夫婦間に紛争が生じる虞があるが、その点、所得共通制は妻の無償の家事労働を夫の生産労働と同一に評価し得ることで、婚姻の本質に適し、配分上の公平さを保つことができるからであるとする<sup>(78)</sup>。ところが、旧法の成立過程で、家父長制度を維持しようとする見解によって、夫婦財産制は大きく転換を図られることになる。1890年10月6日に公布された旧法では別産夫管理制（同1862条）と定められた。この旧法が施行延期となり、ついで、1898年に明治民法（旧規定）第4編が施行された。ここでは、夫婦財産制は旧法を受け継ぎ、別産夫管理制を法定財産制とした<sup>(79)</sup>。明治民法の起草委員であった梅謙次郎は、別産夫管理制が日本の慣行に妥当するとして、「財産上ニ於テハ幾ラ夫婦デアルカト云ツテモ、夫ノ物ハ夫ノ物妻ノ物ハ妻ノ物トナルト云フコトハ今日デハ必要デアルト思フ

編纂史には、1871年9月17日、司法省に設けられた法曹養成を任務とする明法寮の民法草案があり、これには「第一次草案→改訂未定本→第三次草案→慶應義塾大学本→皇国民仮規則」がある（前田達明『史料民法典』（成文堂、2004年）362頁）。

(77) 鵜飼信成＝福島正夫＝川島武宜＝辻清明『日本近代法発達史』（勁草書房、1958年）7頁。

(78) 石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律篇（下）』（民法草案獲得編第二部理由書）（風間書房、1960年）160-162頁。

(79) 明治民法（旧規定）801条1項「夫ハ妻ノ財産ヲ管理スルトス」とし、同法807条は、「妻又ハ入夫カ婚姻前ヨリ有セル財産及ヒ婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス 2 夫婦ノ孰レニ属スルカ分明ナラサル財産ハ夫又ハ女戸主ノ財産ト推定ス」とする。



ソレト同時ニ我が物はレハオ前ノ物ト財産ヲ別ニシテ取扱フコトハ面白クナイカラ、管理ハ一緒ニシテ宜イソレデ先ヅ此制度ガ今日ノ慣習上一般ノ興論ニ認メルモノト信ジマシタ故ニ此主義ヲ取りマシタ」と、夫の物は夫のもの、妻の物は妻のものとするが、夫が妻の財産を管理すると述べている<sup>(80)</sup>。婚姻解消時の清算規定はなく財産分与規定もないため、離婚により生じた不利益の救済は不法行為に基づく損害賠償によりなされた<sup>(81)</sup>。

1947年の民法改正では、家父長制度の廃止により、夫婦財産制は、両性の本質的な平等の観点により夫管理制から夫婦各自による管理制に改められたが、別産制(民762条1項)は維持された。夫婦の財産に関しては、夫婦財産契約(民755条)に基づき、当事者間で自由に財産関係を決定できるが、実際には夫婦財産契約を締結することは非常に少なく、多くは法定財産制の別産制によることになる。

この法定財産制の規定である民法762条は、婚姻中の夫婦財産の帰属について、同法1項は、夫あるいは妻の特有財産について定め、同法2項は、夫あるいは妻の個人財産であることが明らかでない財産については共有<sup>(82)</sup>財産と推定されると定められ、この規定は別産制と解されている<sup>(83)</sup>。そのため、当時、女性委員から専業主婦は収入がなく別産制は不利益となるため、所得共通制の採用が主張された<sup>(84)</sup>。そのため所得共通制について審議されたが、所得共通制という新しい制度を持ちこむことに伴う複雑さ等が問題となり、「別産制を前提として、妻の財産的保護を図る個別的な施策を講ずるほうが

(80) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録6』(商事法務研究会、1984年)327頁。

(81) 右近健男「離婚の際の財産分与請求と慰謝料」石田喜久夫＝西原道雄＝高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻『損害賠償法の課題と展望』(1990年)412頁。

(82) 民法762条2項の「共有」という用語は、必ずしも財産法の共有と同様には考えられないところがあることから、近時の学説で、「共通制」という言葉が使われている(伊藤昌司「法制審身分法小委員の1975年(昭和50)中間報告と夫婦財産「共有」制」中川淳先生古希祝賀論集「新世紀に向かう家族法」(日本加除出版、1998年)133頁)。

(83) 夫婦財産制の詳細は、犬伏由子「夫婦財産制」星野英一編『民法講座第7巻』(1984年、有斐閣)97頁以下ほか。

(84) 我妻栄ほか『戦後における民法改正の経過』(日本評論社、1956年)〔榊原千代委員、村岡花子委員発言〕255頁、259-260頁。

現実的であり、また婚姻中の夫婦は、通常、共有であることを顕在化する必要はないから、婚姻解消時に妻の地位を考慮してその保護を図れば足りる」<sup>(85)</sup>とし、共通制については見送られた。しかし、この所得共通制の主張が、離婚時の財産分与の内容に清算的要素として導入されることになった<sup>(86)</sup>。ここから、別産制であっても夫婦が協力して形成した財産について、一方の名義の財産であっても他方の潜在的持分を認め、その清算を離婚時の財産分与の中で解決するという方向にシフトすることになる。つまり、婚姻が円満である限り、夫婦財産の帰属は問題とならないとし、婚姻解消の際に問題になり得るにすぎないから、夫婦の協力により獲得した財産は、離婚時は財産分与で、死亡時は相続権で解決を図ることで足りるとしたのである<sup>(87)</sup>。確かに、日常家事連帯債務以外の当事者の債務を双方が負うことになることは、避けるべきことであるから、第三者との債務関係ではこの方が良いと思われるが、婚姻中に一方の名義に帰属する居住住宅を第三者に譲渡されることもあり得ることが問題である。その後、1980年民法改正では、生存配偶者の相続分が3分の1から2分の1に引き上げられ、これによって、夫婦財産の清算を配偶者相続規定に含ませることで<sup>(88)</sup>、別産制における不合理を是正したとされた。このように、夫婦財産制の枠の中に清算を図ることを欠落したまま、「離婚給付や配偶者の相続権に新たな役割を担わせ」<sup>(89)</sup>たのである。しかも、配偶者相続分の2分の1は、婚姻してから形成した財産であれば、フランス民法典によれば夫婦財産の清算をして得られるものであり、これでは日本の配

(85) 泉久雄「相続に関する民法改正要綱試案について」ジュリ699号(1979年)35頁。

(86) この民法改正で、民法768条1項に離婚給付の規定である財産分与規定が創設され、その制定過程において、財産分与の性格は、扶養的なものから清算的なものへと変質している(水野紀子「離婚給付の系譜的考察(2・完)」法協100巻12号(1983年)2151頁以下)。

(87) 「民法改正に関する国会関係資料」〔奥野健一政府委員答弁〕家裁資料34号(1953年)194頁・216頁・268頁・270頁、青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法(2)親族(1)』〔有地亨〕(有斐閣、2004年)461頁。

(88) 配偶者相続権の系譜の詳細は、塙陽子「配偶者相続権」林良平＝甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集1家族法』(信山社、1992年)317頁、同「配偶者相続権」同『家族法の諸問題(上)』(信山社、1993年)247頁以下参照。

(89) 犬伏由子「夫婦の財産関係に関する法規制の課題と展望」法時82巻4号(2010年)12頁。

偶者相続権はないに等しい<sup>(90)</sup>。しかも、夫婦を共同体と捉え、夫婦同氏、日常家事連帯債務など共同体としての責任を求めているにもかかわらず、財産関係に関しては、法定財産制を別産制とし夫婦の独立を目指していることは、両者の整合性に欠ける。

## 2 夫婦財産の帰属と清算に関する判例・裁判例と学説

### (1) 裁判例・判例

最判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁<sup>(91)</sup>は、別産制を前提とする課税方式の合憲性が問題となった事案であるが、その中で、夫婦財産について、最高裁は「民法762条1項の規定をみると、夫婦の一方が婚姻中の自己の名で得た財産はその特有財産とすると定められ、この規定は夫と妻の双方に平等に適用されるものであるばかりでなく、所論のいうように夫婦は一心同体であり一の協力体であって、配偶者の一方の財産取得に対しては他方が常に協力寄与するものであるとしても、民法には、別に財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権等の権利が規定されており、右夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされているといえることができる。」と述べ、法定財産制の原則は別産制であり、婚姻中の夫婦財産はそれぞれ名義人に帰属する。その上で、他方配偶者の協力・寄与については、婚姻解消時の財産分与請求権・配偶者相続権により確保されているとする。他方配偶者の家事・育児等の労力が反映されない別産制の不合理性を認め、婚姻中は、第三者関係においては財産の名義人に帰属するが、夫婦の内在関係は配偶者

(90) 浦野由紀子「配偶者の居住権保護・相続分の見直し」論究ジュリ20号（2017年）5頁以下。

(91) この事案は、Xが1957年所得金額の確定申告に際し、自分名義の給与所得と事業所得を妻と折半し、夫婦が半額ずつについて確定申告をしたが、税務署長は全額をXの所得とした。国税局長YもXの審査請求を棄却したので、Xは、民法762条1項は、憲法24条に違反しており、民法762条1項の規定を前提として、所得あるものに所得税を課することとした所得税法もまた違憲であると主張して、国税局の審査決定の取消を求めたものである。

の一方の財産でも、婚姻中は実質的共有財産として他方にその潜在的持分を認めている。そして、その潜在的持分は、婚姻解消時の財産分与、配偶者相続権に含ませるとした。したがって、夫婦財産制の枠の中に夫婦財産の清算を認めているわけではなく、婚姻の解消時に、まず夫婦財産の清算を開始すべきことを回避し、安易な方法で夫婦財産の清算を図ろうとしているとしか思われない。

## (2) 学説

通説は、別産制を支持し、別産制説では、夫婦間の各自の財産は独立して保障されるが、主婦婚のように給与収入等がない場合は、財産の取得ができない上、家事・育児労働等による夫への協力が財産の帰属に帰結しないこととなる不合理性を、実質的共有財産との名目で、その潜在的持分として考慮することで、婚姻解消の際に財産分与や配偶者相続権で解決を図るとする。

これに対し、将来を見越して働く女性の自己の財産管理を期待して別産制を支持しながらも、別産制の不合理の解決を図るため、民法762条2項を拡張解釈する我妻説が初期の学説としてある<sup>(92)</sup>。この説は、夫婦間の財産を3種類に分け、第1は名実ともに夫婦各自の財産とし、婚姻前から所有していたもの、婚姻中に無償で取得した財産や各自の衣類等とする。第2は、名実ともに夫婦の共有に属する財産で、家財・家具等が含まれる。第3の財産は、婚姻中に夫婦が協力して取得した財産で、名義が一方に属している不動産・預貯金等は、対外的にはその名義人の所有に属するが、実質的共有財産となる。この実質的共有財産は、死別解消の際には、夫婦財産の清算手続の実行後に遺産分割手続が行われるとする<sup>(93)</sup>。しかし、この説は第三者との関係では、登記名義による権利推定が優先されるため、夫婦の内部関係にとどまる

<sup>(92)</sup> 我妻・前掲注16・102-103頁、加藤永一「夫婦の財産関係について（2・完）—夫婦財産の利用関係を契機として—」民商46巻3号（1962年）484頁以下、有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法政32巻2＝6併号（1966年）704頁以下。

<sup>(93)</sup> 理論上は、夫婦財産の清算は相続に先行して行われるはずであるが、実際には、このような手続きが明確に区分されていないと述べる（大村敦志『家族法』（有斐閣、第3版、2010年）164頁）。

という批判がある。内縁の財産の清算については、内縁の共通財産を清算し、実質的に内縁者の所有に属するものはその所有とすべきであり、死別解消においては、相続人に対して求償請求権をもつとする<sup>(94)</sup>。

また、民法762条と768条をあわせて理解すべきとする有地説がある<sup>(95)</sup>。この説は、民法768条は婚姻中に夫婦が協力して取得した財産を、共通財産として離婚時に清算することを規定しているものであり、民法762条は第三者との関係では、夫婦それぞれに帰属するものとして規定していると解するが、その実質は共通財産として潜在しているものとする。しかし、この説も第三者との関係では、登記名義による権利推定が優先されるという批判がある。

さらに、婚姻費用として拠出された財産を共通財産とする見解がある<sup>(96)</sup>。この説は、民法762条1項別産制は婚姻前から有していた財産が婚姻により直ちに共同所有になるものではなく、婚姻費用として拠出される財産の帰属管理は、762条2項の対象であり、これらは、夫婦の共有と推定する。そして、夫婦の婚姻前より有する家屋においても所有権を留保して家屋使用権を婚姻費用として拠出したと解しようとする。また、夫婦財産を組合法理による理論構成を考える見解がある<sup>(97)</sup>。

### (3) 近時の法定財産制の立法提案における夫婦財産の清算

近年では、2009年開催の私法学会において、法定財産制に「後得財産分配参与制」が立法提案された<sup>(98)</sup>。後得財産分配参与制は、ドイツ民法の法定財産制である「剰余共同制」<sup>(99)</sup>、フランス民法典の契約財産の一類型である「後

<sup>(94)</sup> 我妻・前掲注16/203頁。

<sup>(95)</sup> 有地・前掲注92/709頁。

<sup>(96)</sup> 深谷・前掲注70/223頁以下。

<sup>(97)</sup> 人見康子『現代夫婦財産法の展開』（1970年、鳳舎）214頁以下、横山美夏「財産法からみた夫婦財産をめぐる理論的課題」日本家族法〈社会と法〉学会第35回学術大会シンポジウム（2018年11月10日）。

<sup>(98)</sup> 中田裕康ほか特集「家族法改正—婚姻・親子法を中心に」ジュリ1384号（2009年）4頁以下。

<sup>(99)</sup> ドイツの夫婦財産制については、松久和彦「ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)(2)（3・完）」立命309号（2006年）258頁、同313号（2007年）132頁、同317号（2008年）

得財産分配参与制」にみられる<sup>(100)</sup>。諸外国では、婚姻解消時に夫婦財産制の枠内で、夫婦財産の清算を図っている国が多い。

337頁がある。

(100) フランス民法典夫婦財産制には、共通財産制 (régime communauté, フランス民法典 1536条), 別産制 (régime de séparation de bien, 同1569条), 後得財産分配参加制 (régime de séparation aux acquits, 同1569条) の規定がある。共通財産制は、さらに、法定共通財産制 (communauté légale, 同1400条), 約定共通財産制 (communauté conventionnels, 同1497条) がある。どのような夫婦財産制にするかは、夫婦の自由な選択による。しかし、夫婦が特別な合意をしなかったときは、法律上当然に法定共通財産制となる (同1387条・1400条)。この法定共通財産制は、夫婦双方の共通財産 (biens communs) と、夫の固有財産 (biens propres du mari), 妻の固有財産 (biens propres de la femme) とからなる。共通財産は、積極的には、共通積極財産 (actif de la communauté) として、婚姻中に夫婦が共にあるいは個人的労働に由来する後得財産 (acquêts), ならびに特有財産の果実および収益についてなされた貯蓄に由来する後得財産からなる (同1401条)。したがって、動産あるいは不動産のすべての財産は、夫婦の一方に固有であることを証明されない限り、共通後得財産 (acquêt de communauté) とみなされることになる (同1402条)。夫婦はそれぞれ共通財産を管理することができる (同1421条)。また、夫婦が支払うべき家庭生活の維持及び子の養育に必要な負債は共通消極財産 (passif de la communauté, 同1441条) となる。この制度は、離婚あるいは夫婦の一方の死亡等で解消され (同1441条), 共通財産の清算 (liquidation de la communauté) が行われる。ここでは、夫婦の共同生活で混合しやすい共通財産と固有財産を分けるために、外観上夫婦の固有財産を取り戻す「取戻」(reprise des propres, 同1467条) および夫婦の固有財産が共通財産と混合し、一方の不当利得が生じている分について、夫婦それぞれが権利義務を有する「償還」(récompense, 同1468条) が行われる。その次に、共通財産の分割 (partage de la communauté) が行われる。これは、夫婦間のまたは相続人との間での共通財産の共有状態を消滅させる手続きであり、各配偶者は共通財産のそれぞれ2分の1を取得することになる。このとき、消極財産が有れば、それも2分の1とされる。したがって、死別解消によって、生存配偶者は共通財産から得た2分の1の分と相続分を取得することになる。このように、フランス民法の法定共通財産制では、共通財産の清算・分割と相続による財産の承継とは明確に区別されているのである。

後得財産分配参与性は、婚姻においては夫婦が別産制に服したかのように機能する (同1569条)。つまり、夫婦それぞれは、婚姻の際に有していた財産、婚姻中に無償で取得した財産及び婚姻中に取得した財産の一切の所有者であり、それらの財産の管理・収益ができる (同1569条)。また、婚姻解消時には、最終財産 (同1572条, 婚姻解消時に配偶者に属するすべての財産) から当初財産 (同1570条, 婚姻時に配偶者に属していた財産及び婚姻後に贈与・相続により取得した財産) を差し引いた差額が純粋な後得財産となり、この後得財産に対し、夫婦それぞれにその価額において2分の1につき分配される権利が与えられ、清算される (ドイツの剰余共同制は、清算は離婚の場合だけに発生する)。また、夫婦が財産契約において、別産制 (régime de séparation de biens) を約定したときは、夫婦のそれぞれは、その個人財産の管理、収益及び処分が自由に行える (同1536条)。これに対応して負債も単独で責任を負うことになる (Francois TERRE et Philippe SIMLER, Les regimes matrimoniaux, Dalloz, 6<sup>e</sup> ed, 2011. p.123, 山口俊夫『概説フランス法 上』(東京大学出版会, 1978年) 408-428頁)。



後得財産とは、婚姻後に夫婦が取得した財産である。後得財産分配参与制は、婚姻中は別産制としつつ、婚姻解消時には、夫婦が婚姻中に獲得した財産は夫婦の協力によって形成されたものとし、婚姻解消時の財産の清算を提案する。この改正案のA-7案は、「①婚姻の解消時において、夫婦の一方は、相手方の後得財産（婚姻中に増加させた財産をいう。）と自己の後得財産の差額につき、その2分の1に相当する額の配分を請求することができる。②後得財産の額は、婚姻の成立時及び解消時の固有財産の差額とする。この場合において、各時点で夫婦が各自負担する債務の額をそれぞれ控除する。特有財産にかかる債務及び共有財産にかかる債務はこの限りではない」とするものである。つまり、婚姻解消時における夫婦の財産関係は、離婚であろうと、死別であろうと、夫婦の一方は、相手方の後得財産と自己の後得財産の差額につき、その2分の1に相当する額の分配請求することができるとする。婚姻の解消における夫婦財産の清算について、従来のように財産分与や配偶者相続ではなく、民法762条の中で分配することになる。このような後得財産分配参与制を導入すると、財産分与の清算的側面は法定財産制の民法762条で解決するため、財産分与には扶養的な側面が残ることになる。したがって、配偶者相続の内容については、配偶者相続分の検討が必要であり、現状を大きく変えないためには、相続分を減らすことが考えられ、たとえば配偶者相続分を3分の1にすることも考えられるとする。

これを内縁の財産に類推適用すると、死別解消・離別解消の場合にも内縁中に形成した財産の清算が実行されることになる。そうすると、死別解消の場合、居住住宅が死亡内縁者の一方の名義であっても、内縁中に協力して得たものならば、生存内縁者にも持分があり、死亡内縁者の相続人との間で共有となり、生存内縁者の居住権の確保が可能となり得る。

また、2016年の日本家族〈社会と法〉学会第33回学術大会における、「第2部シンポジウム家族法改正—その課題と立法提案」において、法定財産制を現行の別産制に変えて所得参与制（スイス型モデル）の採用が提案された。ここでも、婚姻の死亡解消時と離婚について、まず夫婦財産の清算をし、清

算後の残余財産につき相続による財産承継を行うものである。

### 3 2018年相続法改正における夫婦財産制

2018年相続法改正における相続法制検討ワーキングチームの報告書では、生存配偶者の居住権とは別に遺産分割における生存配偶者の相続分について検討している。配偶者の貢献に応じた遺産分割等を実現するための措置として、実質的共有財産（婚姻中に夫婦が協力して得た財産）の清算が挙げられている。これは、配偶者の具体的な貢献度は寄与分で考慮されるにすぎず、基本的には法定相続分による形式的・画一的な清算が行われることになるため、実質的公平に反する場合が生じ得ることが指摘されたことによる。ここでは、配偶者の貢献度に応じた遺産分割を実現するという観点から、3つの方策が挙げられた。それは、①遺産分割手続きに先行して離婚の財産分与に類似の実質的共有財産の清算を行うというもの（被相続人の固有財産は含まれない。夫婦共同生活で負担した夫婦共同債務も考慮される）。この場合、遺産に関しては（被相続人の固有財産及び実質的夫婦共有財産の残余部分）、現行の法定相続分より相続分率を下げることになる。②遺産を実質的共有財産と被相続人の固有財産に分けた上で、それぞれの財産の属性に応じて生存配偶者の法定相続分を変動させるとするもの（婚姻成立後の方策は、実質的共有財産の清算手続きを設けるものではない。相続債務などは考慮しない。）、③遺産を実質的共有財産と被相続人の固有財産に分け、それぞれの財産の属性に応じて計算した一定の金額（配偶者加算額）を配偶者の具体的相続分に上乗せするものである。このように、相続法制検討ワーキングチームでは、相続の前に、夫婦財産の実質的共有財産の清算を図ることを検討している。しかし、共有財産と固有財産のいずれに該当するかという点をめぐって相続の紛争が複雑化・長期化することを懸念する意見が多く、この見解の採用は見送られた。

そして、民法（相続関係）部会の中間試案でも、配偶者相続において、実質的共有財産の清算を図る機能もかねていることが指摘され、被相続人の財

産が婚姻後に一定の割合以上に増加した場合に、その割合に応じて配偶者の具体的相続分を増やす考え方の甲案、婚姻成立後の一定期間が経過した場合に、その夫婦の合意により配偶者の法定相続分を引き上げることを認める考え方の乙－１案、婚姻成立後一定の期間の経過により当然に配偶者の法定相続分が引き上げられるとする考え方の乙－２案とが提案された。しかし、中間試案のパブコメの結果では、配偶者の相続分を現行制度以上に引き上げなければならない立法事実が明らかでない、夫婦関係や配偶者の貢献の程度は様々で、そのような差異を過不足なく反映する制度を設計することは困難等相続分の引上げ自体に反対する意見が多数を占め、甲案、乙案への批判が多く、見送られた。

上記でみられるように、まず相続の前に夫婦財産の清算を図る必要性を認識しながらも見送られた結果になっている。しかしながら、相続の前に夫婦財産の清算を図る規定を立法化すべきであることは、これまで述べてきたとおりである。

## Ⅵ おわりに

今回の相続法改正における配偶者の短期居住権・長期居住権の内容を概観し、事実婚・内縁の場合への類推適用を検討したことから、短期居住権については、相続分とは関係がなく婚姻の効果とみることもでき得と考え、類推適用が可能かと思われる。他方、長期居住権については、その財産的価値に相当する価額を相続したものと扱い、生存配偶者の具体的相続分に反映されることになるため、相続権のない生存内縁者は、その価額を反映させる具体的相続分がないのであるから、長期居住権の類推適用は困難であると思われる。ただし、長期居住権が利用権であるとする、これを相続債権の一部として、相続前に相続人に請求できなくもないと思われるが、賃貸借同様の価額の支払いが必要となるであろう。今後の検討課題としたい。

このように、長期居住権の類推適用による生存内縁者の居住権の保障は困

難であるため、従来の内縁の居住権の保障を検討した。最判平成10年は、内縁者双方が共有する居住住宅の場合には、内縁者一方の死亡後、生存内縁者はその居住住宅に無償・占有・使用することが認められ、生存内縁者の居住権は保障され得る。しかし、これは財産法の共有規定により解決するものであり、内縁中に共有物分割請求が可能という点において、不都合が生じる。

他方、死亡内縁者の単独所有する居住住宅の場合、居住住宅の所有内縁者が死亡すると、その居住住宅は相続人に帰属することになり、生存内縁者の居住住宅の無償での継続・使用は困難になる。この解決策として、夫婦財産制からのアプローチを試みることで、夫婦財産の清算という方法で解決することを検討した。内縁の場合には夫婦財産制が類推適用されていることから、内縁者双方が内縁中に協力して形成した居住住宅であれば、内縁者双方の共通財産といえ、内縁の死亡解消時に、内縁の財産の清算を図ることを実行することで内縁の居住権の確保が可能になる。しかしながら、死亡内縁者の特有財産である居住住宅については、内縁者双方の762条2項の共有に帰属する財産とはいい難く、生存内縁者の居住利益の保障は閉ざされてしまう。これについて、死亡内縁者の特有財産であったとしても、内縁者双方が協力して住宅の管理をしてきた場合には、居住権を認め得ることが考えられる<sup>(101)</sup>。

また、上記で述べてきたように、夫婦財産制については、死亡解消の場合に、夫婦財産の清算という機能を相続制度に担わせるのにも限界がある<sup>(102)</sup>。今回の相続法改正の経緯をみても、相続法制ワーキングチームの報告書では、生存配偶者の居住権とは別に、遺産分割に先行して、実質的共有財産の清算を行うこと等が検討されている。これまでも、夫婦財産の清算を夫婦財産制の枠の中で図ることの必要性を認識しながらも改正が見送られてきた。このような状況を改変すべく、夫婦財産制の枠内に財産の清算規定を設けることの改正が早急になされるべきである。

(101) 深谷・前掲注(96)・225頁。

(102) 浦野・前掲注(90)・10頁。